

Reglas de transparencia en el marco de la reforma energética mexicana: ¿publicidad o derecho de acceso a la información?

Ricardo Alexis Uvalle Aguilera*

Resumen

El objetivo del artículo es analizar los lineamientos de transparencia en materia de contratos en el marco de la reforma energética mexicana, especificando la existencia de un comportamiento disímil en un asunto gubernamental que debería regirse por un enfoque abstracto, general e impersonal, de la norma jurídica y no por un tratamiento específico que cuestiona la validez universal de la transparencia.

Palabras clave: Administración pública, Constitución, derecho de acceso a la información pública, política pública, regulación, transparencia.

Abstract

The aim of the paper is to analyze the guidelines of transparency in contracts under Mexican energy reform, specifying the existence of a distinctive patron in a government matter that should be governed by an abstract, general and impersonal approach to the rule of law and no a specific treatment which questions the universal validity of transparency.

Keywords: public administration, Constitution, public information access, public policy, regulation, transparency.

Introducción

La reforma energética mexicana, aprobada el pasado 11 de agosto de 2014, constituye la última del paquete de diez reformas coyunturales, tal y como son calificadas por el Presidente de la República, Enrique Peña Nieto. Dichas reformas fueron presentadas desde el acuerdo entre las tres principales fuerzas políticas el país denominado *Pacto por México*, cuya naturaleza de cohesión y unidad se constituyó como estandarte para facilitar la aprobación de las reformas en materia de transparencia, reforma política, a la Ley de Amparo, Código Nacional de Procedimientos Penales,

Recibido: 1 julio de 2015. Aceptado: 19 de agosto de 2015

* Licenciado en Derecho por la Universidad Anáhuac del Sur, México. Especialidad en Derecho Constitucional por la Facultad de Derecho, UNAM. Línea de investigación: Derecho constitucional. Correo electrónico: ricauva@hotmail.com.

Educativa, Laboral, Hacendaria, Financiera, Competencia Económica, Telecomunicaciones, Política y la Reforma Energética.

Este paquete de reformas constituyen la agenda de gobierno más importante que se haya visto en los últimos años y fue aprobado en una lógica de menor a mayor complejidad y dificultad, según los temas a tratar.

En el presente trabajo se analizan los retos que enfrenta en materia de transparencia la reforma energética para su implementación, partiendo de la base de contrastar el estado de la política de transparencia en México, así como la nueva naturaleza del órgano garante en la materia, el cual tuvo una modificación en su naturaleza jurídica, transitando de ser un órgano descentralizado no sectorizado del Estado a uno constitucional autónomo, en virtud de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 2014. Todo lo anterior al margen de las reglas que el Gobierno Federal planteó como derroteros a seguir a efecto de hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública en el contexto de la reforma energética, a la luz de los órganos reguladores que al respecto se crearon; su conformación, atribuciones y el grado de intervención ciudadana que éstos tendrán a efecto de garantizar el arquetipo democrático bajo el cual se concibe a la política de transparencia en una materia coyuntural por ser considerada como el símbolo de propiedad de la Nación.

En este sentido, resulta fundamental analizar cómo funcionará la política de transparencia para hacer frente a los temas de adjudicación, licitación y contratación que serán dados a conocer por el Gobierno Federal. Asimismo, resulta pertinente estudiar el comportamiento de los distintos órganos de gobierno en su calidad de sujetos obligados en términos de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública; lo anterior a la luz de verificar si el comportamiento de las instituciones encargadas de dar cumplimiento a las solicitudes de información elaboradas por los particulares es indicio de que se garantizarán los derroteros previstos por el gobierno a efecto de establecer una política de transparencia eficaz en la materia y hacer verificativo el mandamiento constitucional del principio de máxima publicidad.

Para tal efecto, se realiza un análisis comparativo entre ambas reformas constitucionales: la de transparencia y la reforma energética, con la finalidad de verificar los puntos de convergencia entre una y otra, así como los elementos normativos que la reforma en materia de transparencia establece para dotar de un mayor control a los procesos de contratación, adjudicación y licitación de la materia energética.

Por otra parte, se llevará a cabo un análisis normativo de la reforma en la materia energética a efecto de precisar cuáles fueron los cambios coyunturales que permitieron a México abrir el sector energético, el cual fue

catalogado como área estratégica de la Nación, considerado por algunos como propiedad inalienable de la misma e incluso calificado como elemento integrante de la soberanía nacional. Esto se precisará en los términos necesarios de una lógica de mercado y de un análisis sistemático de por qué el sector energético requeriría una modificación coyuntural, al ser el sector más importante en materia de ingreso para el Estado mexicano.

Asimismo, se lleva a cabo un breve estudio sobre las leyes secundarias en materia energética que a partir del 11 de febrero de 2014 existen en la legislación mexicana, pues en ellas se concentran los puntos finos para llevar a cabo la implementación de la reforma dentro de la lógica del mercado, de los intereses económicos y de la apertura a la inversión extranjera. Lo anterior haciendo énfasis en las bases de transparencia existentes en los distintos instrumentos normativos, así como la viabilidad de que éstos sean implementados y más importante aún: cómo pueden garantizar la eficacia de la política de transparencia de la mano del órgano garante en la materia. Por último, se aborda un caso práctico relativo al tema de *Enron*, a efecto de analizar los riesgos de una apertura al sector energético, sin los controles necesarios en materia de transparencia para evitar prácticas de corrupción y actos de ilegalidad.

El derecho de acceso a la información pública en México

En México, el derecho de acceso a la información pública está previsto en el artículo sexto constitucional desde 1977; fue incluido durante la administración de José López Portillo. Sin embargo, la legislación ordinaria en la materia no fue publicada hasta el año 2001. Durante 24 años el artículo sexto estableció:

La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

En virtud de que no existía ley reglamentaria en la materia, dicho párrafo tuvo que ser interpretado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a efecto de comprender el significado, límites y restricciones del derecho de acceso a la información pública, lo cual se puede resumir en tres distintos sentidos:

1. Consideró al derecho a la información pública como la garantía social que otorga el Estado para que la diversidad de opiniones se manifieste en los distintos medios de comunicación.
2. El derecho a la información exige que las autoridades se abstengan de dar la comunicación información manipulada, incompleta o falsa, so pena de incurrir en violación grave a las garantías individuales (hoy derechos humanos)
3. Considera que obliga al Estado no sólo a informar, sino a que todo individuo esté enterado de los sucesos de carácter público e interés general.

Después de dicha reforma, no fue hasta el año 2000 que se planteó la necesidad de crear un instrumento normativo a efecto de precisar el contenido y alcance del Derecho constitucional de acceso a la información pública, lo anterior en el contexto de la transición democrática, de necesidad de erradicar el secreto, la opacidad y en los inicios del principio de máxima publicidad de la información para hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública.

Mediante la creación de un grupo intersecretarial del Gobierno del entonces Presidente Vicente Fox, en julio de 2001, se elaboró un primer documento general, que fue discutido en cuatro foros nacionales: Monterrey, Guadalajara, Veracruz y Estado de México.

La iniciativa de Ley fue presentada por el Ejecutivo Federal ante la Cámara de Diputados el 30 de noviembre de 2001; aprobada por dicha Cámara el 24 de abril de 2002; aprobada por la Cámara de Senadores el 30 de abril de 2002, y finalmente publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2002.

Dentro de la exposición de motivos de la Ley se destacan los siguientes beneficios importantes:

1. **Fortalecimiento de la democracia:** aumenta la capacidad de los ciudadanos para participar en el ámbito público.
2. **Rendición de cuentas causa mayor eficiencia pública:** es un mecanismo de supervisión ciudadana.
3. **Combate a la corrupción,** pues contrarresta el anonimato y permite identificar los actos con sus actores, lo que genera
4. **Mayor eficiencia.** La corrupción representa varios puntos porcentuales del PIB.
 - a) A mayor certeza informativa, mayor inversión.
 - b) Democratización de la información **tiende a igualar las oportunidades.**

Durante este tiempo, el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos se erigió como una de las instituciones más sólidas desde el enfoque del cumplimiento de sus funciones, logrando establecer en México una notoria mejoría por lo que respecta al combate a la secrecía y la opacidad para el efectivo cumplimiento del derecho de acceso a la información pública gubernamental. Ejemplo de lo anterior es que México se colocó en quinto lugar dentro de los países de América Latina en índices de Transparencia (Uvalle, 2013: 99).

Mediante el mecanismo conocido como INFOMEX, portal de internet del Gobierno Federal, se establece que los ciudadanos tienen la posibilidad de realizar solicitudes de información pública sin demostrar interés jurídico alguno, ni justificar su uso, en lo relativo a los temas que considere de interés general y según los cuales establezca un derecho de acceso a la información.

Todo lo anterior se logró mediante la institucionalización de los procedimientos de solicitudes de información, estableciendo la creación de Unidades de Enlace dentro de las dependencias y entidades de gobierno a efecto canalizar las solicitudes ante las instancias que considere puedan dar puntal respuesta a las mismas y se cumplimenten con las obligaciones en la materia previstas por la *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información*.

Comprensión del derecho de acceso a la información pública en el marco jurídico mexicano

El derecho a la información pública, como derecho sustantivo previsto en el artículo sexto de la Constitución, no puede entenderse como absoluto; los límites para su ejercicio se hallan en la ley reglamentaria de la materia.

Ahora bien, a efecto de comprender en su cabalidad este derecho, se debe utilizar el método de interpretación sistemática, es decir, interpretar a la Constitución como un todo y verificando la previsión que de un mismo derecho se halle en los distintos preceptos constitucionales. Esto es así, en virtud de que si se llevara a cabo una interpretación literal del artículo sexto constitucional, derivaría en comprender que toda información en posesión de autoridades es pública, por tanto, es derecho de la sociedad conocerla en todo momento y sin limitación alguna.

Sin embargo, el propio artículo constitucional en comento establece como limitantes a dicho ejercicio los presupuestos en que la información sea clasificada como reservada o confidencial, y en esta última se engloba lo relativo a la protección de datos personales.

Por otra parte, un método de interpretación que resulta bastante adecuado para el tema en cuestión es el funcional, que atiende a la justificación de la finalidad de la norma en una lógica de operabilidad de la Administración Pública y el referente democrático que se pretende garantizar mediante este derecho.

Esto se refiere a que el derecho de acceso a la información pública gubernamental es un referente democrático relativo a la transparencia en la actuación del gobierno respecto del origen, destino, uso y finalidad de los recursos públicos, por lo que la confidencialidad de los datos personales, como limitante al ejercicio del derecho en comento, opera en la lógica de que los mismos no fungen como elemento determinante para calificar la actuación de la autoridad en materia de ejercicio del gasto público.

En este sentido, el derecho previsto en el artículo sexto constitucional debe entenderse como un derecho sustantivo con limitantes que fueron establecidas por el legislador a efecto de garantizar el efectivo cumplimiento de sus disposiciones vinculantes y salvaguardar la naturaleza de la información pública, como presupuesto normativo elemental para hacer cumplir el principio de máxima publicidad de la información.

Reforma constitucional en materia de transparencia

Desde su creación hasta febrero de 2014, el Instituto de Acceso a la Información y Protección de Datos fue constituido como un organismo descentralizado no sectorizado de la Administración Pública Federal, cuestión que limitaba el ejercicio de su potestad como órgano garante de la transparencia en México. Con la reforma en materia de transparencia que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 2014, su naturaleza jurídica se modificó, erigiéndose como un órgano constitucional autónomo. Dicha reforma fue resumida en tres principales ejes:

1. Se amplía la gama de sujetos obligados en la *Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental y Protección de Datos*;
2. Se dota de autonomía constitucional al Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, de tal manera que se desincorpora su régimen jurídico de la esfera de la administración pública federal, estableciéndolo como un órgano autónomo, con plena independencia de cualquier órgano de gobierno, permitiendo así que su labor no esté condicionada por factor externo alguno que no sea la consecución de sus fines y el desarrollo irrestricto de sus responsabilidades legales.

3. Se amplía la gama de sujetos legitimados para promover acciones de constitucionalidad en contra de normas de carácter general y tratados internacionales que se presuman contrarios al texto constitucional, a efecto de verificar la constitucionalidad de sus disposiciones y en su caso derogar los supuestos que determine la SCJN no corresponden con la Constitución, en materia de transparencia y protección de datos.¹

Ahora bien, es importante resaltar el hecho de que la política de transparencia en México tiene un momento coyuntural en su historia, derivado de que la constitución e integración del órgano garante sufrió una modificación toral: el 14 de mayo de 2014, mediante un proceso de selección por parte de dos terceras partes del Senado de la República, se aprobó la integración de siete nuevos comisionados para hacer frente a las responsabilidades de ese órgano. En tal tesitura, si bien es cierto el análisis de una política no puede ni debe limitarse a la composición de los individuos que lo integran, también lo es que habrá de verificarse cómo funciona el nuevo IFAI, a efecto de poder determinar si la nueva composición de este órgano estará a la altura de las exigencias que en materia de transparencia enfrentará, particularmente con la apertura del sector energético.

Asimismo, es necesario hacer notar que la única vía que tienen los ciudadanos para hacer valer el derecho de acceso a la información pública gubernamental, previsto en el artículo sexto de la Constitución, son las solicitudes de información que deben presentarse ante las distintas Unidades de Enlace que cada organismo público debe tener, el cual canaliza la misma ante la autoridad que presumiblemente puede responder a las mismas y esperar los resultados de su solicitud, pudiéndose inconformar ante el pleno del órgano garante mediante recurso de revisión en los casos de negativa a su solicitud o que la información respondida sea insuficiente o equivocada.

Por lo anterior, es muy importante constatar la eficacia de las funciones del órgano garante a la luz de la materia energética, toda vez que la apertura a la inversión que esta última plantea requiere de los más altos estándares de combate a la corrupción y evitar la discrecionalidad en el otorgamiento de los contratos de exploración y producción.

Reforma energética

La reforma energética debe ser entendida en dos momentos coyunturales: en su aspecto constitucional fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación*

¹ Para mayor información puede consultarse el portal www.reformas.gob.mx

ración el 20 de diciembre de 2013; mientras que el paquete de reformas y promulgación de nuevas leyes en la materia fue publicado en esa misma vía el 11 de agosto de 2014.

Constituye el cambio más significativo que haya existido en la materia desde 1938, con el *Decreto de la Expropiación Petrolera* publicado por el entonces presidente Lázaro Cárdenas del Río y comprende nueve 21 leyes agrupadas en nueve iniciativas; de éstas se expedieron 9 y se reformaron otras 12. Estas son:

Leyes expedidas:

1. Ley de Hidrocarburos.
2. Ley de la Industria Eléctrica.
3. Ley de Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética.
4. Ley de Petróleos Mexicanos.
5. Ley de la Comisión Federal de Electricidad.
6. Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos.
7. Ley de Energía Geotérmica.
8. Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos.
9. Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo.

Leyes reformadas:

1. Ley de Inversión Extranjera.
2. Ley Minera.
3. Ley de Asociaciones Público Privadas.
4. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
5. Ley Federal de las Entidades Paraestatales.
6. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
7. Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las Mismas.
8. Ley de Aguas Nacionales.
9. Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.
10. Ley General de Deuda Pública.
11. Ley Federal de Derechos.
12. Ley de Coordinación Fiscal.²

² Para mayor ahondamiento en la nueva legislación, así como las modificaciones legales, se sugiere revisar el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 11 de agosto de 2014, y el portal de la Secretaría de Energía: www.sener.gob.mx.

Para los efectos del presente trabajo es necesario destacar la creación de dos órganos clave, definidos por la propia legislación como los Órganos Reguladores: Comisión Federal de Hidrocarburos y la Comisión Reguladora de Energía.

Estos organismos se constituyen como descentralizados del Estado; es decir, tendrán personalidad jurídica propia, autonomía técnica y de gestión; y estarán conformados por siete comisionados, uno de ellos Comisionado Presidente, designados por el Senado de la República, cada uno elegido de una terna propuesta por el Ejecutivo Federal. Entre sus funciones tendrán a su cargo la licitación y suscripción de los contratos para la exploración y extracción de los hidrocarburos.

Tal función resulta clave para el análisis que se plantea en el presente trabajo, en términos del verificativo que la política de transparencia tendrá de cara a la apertura del sector energético y que cuenta con candado marcado por la supeditación que los mismos tendrán al fenómeno conocido como la sectorización administrativa, pues en la propia legislación se establece la creación de un Consejo de Coordinación del Sector Energético, el cual deberá reunirse por lo menos una vez cada cuatro meses y que estará conformado por el Secretario de Energía (quien lo preside), los tres Subsecretarios del Ramo (Planeación, Electricidad e Hidrocarburos), así como los comisionados presidentes de los órganos reguladores y los Directores Generales del Centro Nacional de Control de Gas Natural (CENEGAS) y del Centro Nacional de Control de Energía (CENACE). Este Consejo tiene como objetivo principal alinear los objetivos y actividades en favor del cumplimiento de la política energética.

De la composición antes mencionada y la estructura bajo la cual funcionarán dichos órganos, se advierte que en su actuación se encuentra el verificativo empírico sobre el cumplimiento o no de la política de transparencia respecto de la reforma energética, para lo cual se han establecido los siguientes mecanismos:

Reglas de transparencia en materia de contratación en el contexto de la reforma energética

Dentro del catálogo de beneficios que el Gobierno Federal establece de cara a la reforma energética existe un apartado denominado *Medidas de transparencia y combate a la corrupción*, dentro del cual se establecen una serie de lineamientos y derroteros que habrán de ser implementados por medio de las modificaciones constitucionales y legislación ordinaria que al respecto fue aprobada. De éstos destacan los siguientes:

1. La creación de mecanismos para prevenir, investigar, identificar y sancionar a quienes realicen actos u omisiones que constituyen conductas ilícitas o prácticas indebidas para obtener beneficios económicos ilegítimos;
2. Acceso de los ciudadanos al contenido de los contratos y se cuente con información precisa y clara, respecto de la explotación de los hidrocarburos y recursos que generan;
3. Inclusión de mecanismos claros para maximizar la transparencia, rendición de cuentas y combate a la corrupción;
4. Mecanismo de pesos y contrapesos para las licitaciones y contratos para exploración y extracción de hidrocarburos, en el que participarán la Secretaría de Energía, Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público;
5. Publicación periódica y electrónica de los resultados económicos de cada contrato:
 - a) Número de contratos vigentes
 - b) Autorizaciones de estudio superficiales y perforación vigentes
 - c) Bases y términos públicos de los contratos
 - d) Volúmenes e ingresos totales de los hidrocarburos producidos
 - e) Contraprestaciones pagadas a los contratistas
 - f) Montos de inversión reportados por los contratistas.

De la lectura de estas reglas, se aprecia que queda insatisfecho el derecho de acceso a la información pública por lo que hace a un efectivo cumplimiento de la política de transparencia, en el sentido de que únicamente se establecen mecanismos de publicidad; es decir, bajo la premisa de máxima publicidad de la información se considera cumplimentado lo dispuesto por el artículo sexto constitucional, sin que se establezcan herramientas reales para que el ciudadano intervenga en el conocimiento de los criterios que habrán de definir a los adjudicatarios y contratistas dentro de los procesos de licitación.

Derivado de un análisis objetivo, se advierte que únicamente se cuentan con instrumentos de publicidad, sin que se hayan diseñado mecanismos de respuesta ante las solicitudes de información que los particulares pudieran llegar a realizar, ni los criterios que se tomarán en cuenta para responder o no dichas solicitudes. Se deja a la variabilidad de las circunstancias y multiplicidad de casos en concreto, la posibilidad de que las dependencias gubernamentales den respuesta a las solicitudes de información en la materia, a efecto de hacer verificativo los postulados de transparencia en el marco de la reforma energética.

Por otra parte, se establecen lineamientos que deberán de seguir los comisionados que formen parte de los dos órganos más importantes que

habrán de tener a su cargo las funciones de transparencia y combate a la corrupción: Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía. De éstos, destacan los siguientes:

1. Las sesiones serán públicas, incluyendo los votos de los Comisionados.
2. Los Comisionados no podrán conocer ni tendrán derecho a voto respecto de los asuntos sobre los cuales tengan conflicto de interés (no establece los supuestos).
3. Los comisionados únicamente podrán tratar los asuntos de su competencia con representantes de los intereses de los sujetos con los que contratan mediante audiencia, la cual únicamente podrá tener verificativo dentro de las oficinas del órgano en cuestión.
4. Existe un código de conducta vinculatorio para los comisionados, dentro del cual se establecen prohibiciones para los comisionados y servidores públicos para recibir, proponer, autorizar o consentir, la recepción de cualquier clase de beneficios que se relacionen directa o indirectamente con el ejercicio de sus atribuciones o funciones.

En este sentido, se advierte que la publicidad de la información no es garantía del efectivo cumplimiento del derecho de acceso a la información; en términos de la reforma analizada, los criterios serán conocidos por los particulares, pues éstos estarán a su disposición mediante instrumentos electrónicos, sin que ello signifique que los criterios para determinar quiénes habrán de ser los contratistas y adjudicatarios de los distintos proyectos de exploración y explotación estén a la vista de los ciudadanos. Para ello, habrá de confiar la respuesta de la información que no sea publicitada a las solicitudes de información previstas en la ley de la materia y verificar que el órgano garante dé puntual cumplimiento en los casos que por la naturaleza de la información, las dependencias de gobierno no pongan la información a disposición de sus solicitantes.

Por otra parte, cabe resaltar el hecho de que los mandamientos de transparencia que acompañan a la reforma constitucional en materia energética mediante los instrumentos normativos previstos por la legislación secundaria, son diseñados en términos de una política lineal de transparencia, en una lógica de orden ascendente-descendiente, a partir de una cuestión jerárquica de atribuciones para los órganos encargados de llevar a cabo las acciones encaminadas a la implementación de la misma.

No se establece en ningún apartado, mecanismo alguno que funcione en una lógica de ciudadano-gobernante; es decir, no se otorga al particular, al ciudadano común, la posibilidad de conocer los criterios seguidos para

verificar los procedimientos de verificación existentes a efecto de otorgar las licitaciones, adjudicaciones y condiciones de contratación. En realidad, en términos de una política de transparencia, la legislación en la materia energética únicamente abarca la publicidad como elemento toral de su definición de acceso a la información, sin que esto llegue a actualizar la verdadera eficacia de garantía que establece el artículo sexto constitucional.

Estos mecanismos únicamente se limitan a establecer potestades para las autoridades que intervendrán en los procesos de intercambio, interlocución, adjudicación y licitación en el otorgamiento de los contratos, sin que en ningún supuesto se establezca alguna conexión con lo que la *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública* establece en materia de solicitudes de información a disposición de los particulares para poder llevar a cabo un efectivo goce del derecho de acceso a la información.

Se estableció como uno de los derroteros principales a la transparencia y el combate a la corrupción, sin que se utilizara la base normativa idónea que al respecto la legislación mexicana tiene, partiendo de que las relaciones de poder entre los distintos entes de gobierno serán los únicos que tendrán en sus manos las herramientas coercitivas para garantizar este derecho, obviando con ello la posibilidad de intervención del ciudadano.

Pareciera que se busca satisfacer lo exigido por el artículo sexto constitucional mediante la sola publicación de la información en la materia, logrando con ello únicamente hacer del dominio público³ el proceso acabado del otorgamiento de los contratos.

Como todo presupuesto normativo, será necesario analizar cómo funcionarán realmente los candados para evitar la corrupción, la secrecía y la opacidad en la materia, toda vez que las solicitudes de información de los particulares deberán ser analizadas por las distintas Unidades de Enlace y en última instancia quien tendrá en su poder la posibilidad de otorgarla o no seguirá siendo la administración pública centralizada, ya sea mediante la Secretaría de Energía, los Órganos Reguladores o los distintos medios públicos y electrónicos por virtud de los cuales se pueda dar respuesta a las mismas.

En este sentido, el órgano garante de transparencia deberá actuar con todo vigor y disposición real de hacer valer la Ley de la materia, buscando hacer coincidir sus disposiciones normativas de acceso a la información pública con la base normativa que la reforma energética trajo como consecuencia. Esto es así, en virtud de que los elementos mediante los cuales el gobierno federal propone hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública

³ La virtualidad de la noción de lo público, en definitiva, radica en que expresa la preocupación de los individuos por los asuntos que le son comunes y su capacidad para influir en ellos [] (Cunill: 1997, 144).

resultan del todo insuficientes en una lógica de catalizador democrático de la transparencia, pues no ubica a esta premisa en una lógica efectiva de relaciones de poder compartido, en el que intervengan tanto el Congreso como el Gobierno, sino que nuevamente, como es común en la lógica de la comprensión de una política, guarda para sí tanto los elementos de interpretación como los de efectivo cumplimiento e incluso sanción para los supuestos de violación y transgresión al derecho.

Por lo anterior, la nueva naturaleza jurídica del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos como órgano constitucional autónomo, ubicado fuera de la órbita del gobierno, cobra aún mayor trascendencia en lo que concierne al efectivo cumplimiento de las disposiciones normativas en materia de transparencia en el contexto de la reforma energética. Su vocación democrática y justificación constitucional como un ente distinto de la administración pública se pondrán a prueba en la medida que haga efectivo lo dispuesto en la Constitución, en los instrumentos de la legislación secundaria y en particular en la inquietud de los ciudadanos por conocer todos y cada uno de los criterios de adjudicación, de las políticas de licitación y las relaciones contractuales que deberán regir la apertura del sector energético.

Será labor exclusiva del órgano garante lograr unificar lo que las reformas en conjunto (transparencia y energética) no parecen orientar: el uso normativo de la base jurídica que se tenía con la reforma de transparencia, mediante la inclusión de los mecanismos que ésta posee para su uso e implementación en la lógica de la reforma energética. Esto es así en virtud de que se pudo haber hecho extensiva la base normativa con la que contaba el Instituto para incluir en su agenda de temas a tratar y sobretodo de competencias y atribuciones a utilizar los nuevos paradigmas de apertura energética en materia de contratación, lo que habría generado que una reforma no fuera excluyente de la otra, en virtud de que los márgenes de acción quedan comprendidas en funciones de gobierno distinto: la implementación de la energética para la administración pública y la política de transparencia para el IFAI.

Riesgos de la apertura energética sin un régimen de transparencia: el caso de Enron

El caso Enron constituye un claro ejemplo de una consecuencia de apertura de un sector estratégico del Estado sin el control necesario; se trata de uno de los mayores fraudes que se recuerden en la historia reciente de Estados Unidos; mientras que a nivel mundial se erigió como un caso de estudio

necesario para verificar el *status* de los controles de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas.

Cabe hacer alusión a la similitud de escenarios que existen entre el momento coyuntural de expansión económica de esta empresa con la apertura energética que México vive: Enron alcanzó su auge económico gracias a la apertura del sector del gas natural en Estados Unidos, estimulando con ello la proliferación de empresas dedicadas a dicha actividad, dentro de las cuales existieron alianzas estratégicas que trajeron como consecuencia la constitución de empresas como ésta; su crecimiento fue exponencial, logrando constituirse como una de las siete empresas más importantes de Estados Unidos y logrando el título a la empresa más innovadora, otorgado por la revista *Fortune* por cuatro años seguidos, de 1996 al 2000.

Esto se debió a su poder de cotización en la Bolsa de Valores, a lo elevado del valor de sus acciones (USD \$ 90.46 por acción) y su expansión en distintas ramas de la industria energética: gas natural, construcción y operación de gasoductos y plantas de energía. Todo lo anterior dentro de una estructura plagada de corrupción, de tráfico de influencias y enriquecimiento ilegítimo bajo un esquema de especulación e inflación ficticia del valor real de la empresa en el mercado.

Lo anterior se logró en gran parte por la formación de una red de corrupción que la empresa sostuvo con altos miembros de la política estadounidense, como sucedió durante la década de los años noventa. Los nexos de Kenneth Lay, Director General de Enron, y la familia Bush tienen varios episodios de contribuciones a los gastos de campaña y favores políticos que durante la administración de George H. Bush fueron realizados: la aportación de USD \$250,000.00 para la realización de la Convención Nacional Republicana; aceptar el encargo como jefe financiero de la campaña de George W. Bush como candidato a gobernador de Texas, mediante la designación de Rich Kinder para tal encargo; la donación de USD \$ 146,000.00 para esta misma campaña, así como la entrega de USD \$50,000.00 para la elaboración del Comité Inaugural de George Bush, entre muchos otros. Todo lo anterior a cambio de varios favores políticos: el más importante quizá fue la inclusión de Pat Wood en el Comité Estatal de Empresas del Servicio Público para impulsar la desregulación del sector eléctrico en Texas (Ibarra, 2007: 8-31).

Este antecedente tuvo lugar en un marco similar al que se plantea para prevenir los actos de corrupción, secrecía y tráfico de influencias para el otorgamiento de los contratos de explotación, exploración y producción en el marco de la reforma energética, toda vez que la empresa encargada de auditar a Enron (*Andersen*) funcionaba al margen de la legalidad, mediante la contraprestación de honorarios que permitían arrojar estados financieros

ficticios, que al no contar con controles estrictos para poder llevar a cabo su actividad terminaron por convertirse en un negocio redondo.

En este sentido, los Comités de Auditoría que prevé la legislación en la materia energética mexicana deberían estar supeditados al órgano de fiscalización por autonomía dentro de la legislación mexicana, que es la Auditoría Superior de la Federación, la cual pertenece a la Cámara de Diputados, logrando con ello un efectivo sistema de pesos y contrapesos de cara a la vigilancia y restricción necesaria en una de las áreas de oportunidad más delicadas frente a la prevención y combate a la corrupción dentro de la materia energética.

El hecho de que los Comités de Vigilancia estén integrados por consejeros independientes y externos no garantiza un efectivo cumplimiento de los postulados en materia de transparencia y rendición de cuentas, toda vez que su actuación estará supeditada al Consejo de Administración de las empresas productivas del Estado (PEMEX y CFE), el cual estará presidido por el Secretario de Energía, quien pertenece a la administración pública centralizada.

Parece ser que con la reforma energética se crea un régimen especial de transparencia para la materia, obviando que existe una estructura normativa para el manejo de la información pública, categoría dentro de la cual debe englobarse el tema de la contratación para el sector energético, en el entendido de que las Empresas Productivas del Estado intervendrán en el mercado mediante el uso de recursos públicos, característica que abre la puerta para la fiscalización sobre el origen y destino de los mismos, así como la posibilidad de que los ciudadanos tengan conocimiento sobre la información de la materia. En este sentido, resulta ilógica la creación de un régimen particular que no incluye los mandamientos de transparencia existentes dentro de la agenda de particularidades de la reforma energética, especializando, sin ninguna lógica de control efectivo, las reglas de transparencia para la materia energética.

Conclusiones

1. El derecho de acceso a la información pública en México tiene un momento coyuntural a partir del 14 de mayo de 2014 con la reforma constitucional en materia de transparencia. Esto es así en virtud de que el órgano garante que tiene a su encargo garantizar y hacer efectivo lo dispuesto por el artículo sexto constitucional y la *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública* fue modificado en su naturaleza jurídica: evolucionó de ser un órgano descentralizado no sectorizado de la Administración Pública Federal a un

órgano constitucional autónomo, ubicado fuera de la clasificación tripartita del gobierno, erigiéndose así como un nuevo contrapeso para garantizar autonomía, independencia y objetividad en el cumplimiento de sus funciones.

2. La política de transparencia en México encuentra en las solicitudes de información que los particulares tienen a su disposición uno de los soportes de mayor eficacia para hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, este elemento no se encuentra previsto en los lineamientos de transparencia de la reforma energética, por lo que será necesario verificar si será utilizado, en qué términos y cuál será su verdadera eficacia en esta materia.

3. La reforma energética mexicana estableció cinco lineamientos para garantizar la transparencia en materia de contratos de exploración, explotación y producción, los cuales fueron esbozados en una lógica lineal del gobierno; es decir, los mecanismos que se encuentran en los ordenamientos de la legislación secundaria únicamente establecen obligaciones y atribuciones para las autoridades sin mencionar derechos ni prerrogativas para que los ciudadanos formen parte activa de la dinámica de contratación. Es una comprensión limitada de la política de transparencia en virtud de que restringe el ejercicio del derecho a lo que la autoridad dé a conocer, obviando que la lógica de la transparencia debe llevarse a cabo en una lógica descendiente-ascendiente; es decir, debe ser iniciada por parte de la sociedad civil y dirigida a las autoridades que tengan en su poder la información pública.

4. A pesar de que entre la publicación de las reformas en materia de transparencia y la energética transcurrió poco más de un mes, éstas fueron elaborados en una lógica distinta: se establecieron mejorías notorias para hacer más efectivo el derecho de acceso a la información pública sin que dichas inclusiones se aborden en los lineamientos de la materia en el contexto de la reforma energética. En lugar de buscar puntos de coincidencias, cada una de las reformas fue aprobada en una lógica de exclusión, sin que existan puntos de concordancia entre una y otra, previendo así la posibilidad de que la materia de transparencia sea nula dentro de la implementación de la reforma energética.

5. A efecto de lograr un efectivo control de la transparencia de cara a la reforma energética, lo ideal sería la intervención de varios órganos del gobierno para lograr un sistema de pesos y contrapesos, cuestión que no acontece en el caso mexicano, pues los órganos creados para regular el sector energético estarán conformados por funcionarios de la administración pública y el poco margen para la intervención ciudadana queda cooptada por el voto de calidad y poder de decisión que su cargo tendrá el Secretario del Ramo, como cabeza de los mismos.

6. Con la apertura del sector energético se asumen como probables riesgos en temas de corrupción que debieron haber sido previstos al momento de la elaboración de la legislación en la materia; sin embargo, en ninguna parte del contenido de la reforma se advierte la mención e intervención mediante sus facultades de fiscalización del órgano encargado de la materia: la Auditoría Superior de la Federación quedó fuera de toda posibilidad de intervenir en los procesos de adjudicación y licitación para la materia de contratación, en virtud de que los contratistas serán auditados por personas independientes y externas, sin que ello permita garantizar un efectivo control del gasto público en la materia y, peor aún, dejando intocada la posibilidad de actos de corrupción, pues dichas instituciones no pertenecen a la estructura gubernamental.

7. En el afán de lograr legitimidad en la opinión pública respecto de quién tendrá la propiedad del subsuelo, los recursos naturales y los hidrocarburos que se deriven de su explotación, se definió un régimen de transparencia especial para la materia energética, distinto del vigente y mejorado, en virtud de la reforma en materia de transparencia. Esto permite inferir que el desafío para garantizar la transparencia en la materia energética es aún más grande, pues la base normativa que será utilizada es de nueva creación. Deberá existir un desarrollo paralelo entre la actividad propia de la apertura energética y el efectivo cumplimiento de los estándares de transparencia, rendición de cuentas y combate a la corrupción.

Lo anterior pudo evitarse si se hubieran incluido, en una lógica de convergencia entre la nueva definición de la transparencia y la materia energética, los puntos que pudieran ser utilizados e implementados mediante la instrumentalización de herramientas de comprobada eficacia, como lo son las solicitudes de información, la fiscalización de la cuenta pública y la intervención de distintos órganos de gobierno para hacer verificativo los lineamientos en la materia.

8. El caso Enron en Estados Unidos es ejemplo claro de los riesgos que se corren cuando se abre a la inversión pública un área que se había concebido como exclusiva de la Nación sin los controles necesarios para evitar el combate a la corrupción y las distintas prácticas ilícitas propias de la naturaleza económica del mercado, así como la ausencia de medidas estrictas a efecto de fiscalizar el origen y destino de los recursos. Todo lo anterior tomando en consideración las relaciones de poder que pueden surgir derivado de alianzas estratégicas entre grandes inversionistas y actores políticos.

9. El órgano garante de transparencia deberá ser el encargado de buscar los mecanismos necesarios para hacer efectivo lo dispuesto por el artículo sexto constitucional en materia de transparencia en el contexto de la reforma

energética, desde la óptica de funcionalidad de una política pública en la que también tenga cabida el ciudadano común mediante la debida comprobación de que las solicitudes de información en la materia sean resueltas de conformidad con el principio de máxima publicidad.

10. Las reglas de transparencia en materia de contratos en el contexto de la reforma energética mexicana no cumplimentan a cabalidad el derecho de acceso a la información pública, pues se limitan a establecer mecanismos para hacer públicos distintos elementos del proceso de contratación y licitación. Son herramientas propias de la publicidad, sin que coadyuven al fortalecimiento de la participación ciudadana en la materia, toda vez que centraliza el origen y destino de los recursos; guarda para el gobierno federal los criterios para otorgar los contratos; fiscaliza los recursos mediante instrumentos e instituciones independientes de auditoría, dejando de lado el poder revisor del ciudadano, restringiendo su participación a la mera demanda de efectiva publicidad sin crear instrumentos de concordancia con las solicitudes de información a disposición de los particulares.

Bibliografía

- Cunill Grau, Nuria (1997), *Repensando lo público a través de la sociedad. Nuevas formas de gestión pública y representación social*, México, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Editorial Nueva Sociedad.
- Diario Oficial de la Federación (2014), *Decreto por el que se adicionan y reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, consultado en <http://sener.gob.mx/webSener/res/prensa/DOF%20%20Diario%20Oficial%20de%20la%20Federacion.PDF> (última fecha de revisión: 20 de agosto de 2014).
- Ibarra Palafox, Francisco (2007), “Enron o Érase una vez en los Estados Unidos”, en *El Poder de la transparencia*, de Pedro Salazar Ugarte (coord.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.
- Portal del Gobierno Federal (2014), *Reforma en Materia de Transparencia*, consultable en <http://reformas.gob.mx/reforma-en-materia-de-transparencia/que-es> (última fecha de revisión: 30 de agosto de 2014).
- Portal del Gobierno Federal (2014), *Reforma en Materia Energética*, consultable en <http://reformas.gob.mx/reforma-energetica/que-es> (última fecha de revisión: 30 de agosto de 2014).

Secretaría de Energía (2014), *Reforma Energética*, consultado en http://www.energia.gob.mx/webSener/leyes_Secundarias/index.html (última fecha de revisión 28 de agosto de 2014).

Uvalle Berrones, Ricardo (2013), *Oportunidades y restricciones de la política de Transparencia en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.